

REVISTA EUROLATINOAMERICANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO

VOL. 1 | N. 2 | JULIO/DICIEMBRE 2014 | ISSN 2362-583X
SANTA FE | ARGENTINA | PERIODICIDAD SEMESTRAL

Promoción:



Revista oficial de la Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo
formada por las siguientes instituciones:



RED DOCENTE
EUROLATINOAMERICANA
DE DERECHO ADMINISTRATIVO



DERECHO A LA PRESERVACIÓN DEL PATRIMONIO ARQUITECTÓNICO URBANO: UN DESAFÍO PARA LAS AUTORIDADES LOCALES

RIGHT TO ARCHITECTURAL HERITAGE PRESERVATION OF URBAN: A CHALLENGE FOR LOCAL AUTHORITIES

ADRIANA TALLER

Profesora Titular por Concurso Público Nacional de la Asignatura de Derecho Administrativo – Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario – UNR (Rosario, Argentina). Vice-Directora de la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo de la UNR. Directora del Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la UNR. Abogada Especializada en la Magistratura. Magister en Asesoramiento Jurídico de Empresas. Investigadora Categoría III del Programa de Incentivos del Ministerio de Educación de la Nación Argentina. E-mail: a.taller@hotmail.com

Recibido el: 12.03.2014

Aprobado el: 03.05.2014

RESUMEN

La protección de los bienes con valor histórico, cultural, artístico y/o arquitectónico, ha sido un deber reclamado a las Administraciones nacionales y locales desde que surgió en la comunidad una conciencia histórica, de compromiso hacia lo vivido. La doctrina y la jurisprudencia constitucional comparada reconocen al patrimonio cultural como un derecho humano fundamental, de allí la necesidad de incorporar dentro de la ley suprema y junto con los demás derechos fundamentales, el derecho al patrimonio cultural. La Constitución Argentina reformada de 1994, consagra el derecho fundamental, público subjetivo o derecho de incidencia colectiva a la preservación del patrimonio cultural, urbano y arquitectónico, tanto en su faz sustantiva (Artículo 41) como procesal (Artículo 43); al reconocerse su existencia se reconoce la legitimación administrativa y judicial para su ejercicio y defensa. Esta estrecha relación entre el patrimonio cultural y el derecho nos indica la necesidad de identificar e interpretar a estos bienes cuyo goce y disfrute es un derecho colectivo y que las autoridades y los particulares tienen el deber de proteger.

Palabras-claves: patrimonio urbano; patrimonio arquitectónico; derecho a la cultura; derecho al patrimonio cultural; derecho de incidencia colectiva; legitimación; gestión del patrimonio urbano.

ABSTRACT

The protection of property with historical, cultural, artistic and / or architectural value, has a duty claimed to national and local administrations since it emerged in the community historical awareness, commitment to the experience. The doctrine and comparative constitutional jurisprudence recognize the cultural heritage as a fundamental human right, hence the need to incorporate into the supreme law along with other fundamental rights, the right to cultural heritage. The Argentine Constitution of 1994 enshrines the fundamental right subjective public or collective right to the preservation of cultural, urban and architectural heritage, in its substantive face (Article 41) and procedural (Article 43) incidence; to recognize its existence administrative and judicial legitimacy to exercise and defense is recognized. This close relationship between cultural heritage and the right indicates the need for identifying and interpret these goods whose enjoyment is a collective right and that authorities and individuals have a duty to protect.

Keywords: urban heritage; architectural heritage; right to culture; right to cultural heritage; collective rights; legitimization; management of the urban heritage.



SUMARIO

1. Introducción. **2.** Derecho a la cultura: Derecho al Patrimonio Cultural: Derecho al Patrimonio Arquitectónico urbano. Derecho a su preservación. Categorización Constitucional y caracterización. **2.1.** Categorización Constitucional. **2.2.** Caracterización. **3.** Elemento subjetivo y objetivo. **4.** Desafío de las autoridades locales en la gestión del patrimonio urbano. **5.** A modo de desenlace reflexivo. **6.** Referencias.

1. INTRODUCCIÓN

En ocasión de celebrarse el Tercer Congreso de la Red tuve la oportunidad de reflexionar sobre la gestión del patrimonio arquitectónico local, su protección a nivel internacional, nacional y local y un análisis sobre los instrumentos de gestión urbana para la protección, recuperación y preservación de aquellos elementos, obras, construcciones o creaciones del hombre realizadas a lo largo de su historia; los que, como consecuencia de la dinámica urbana y de los análisis y propuestas sobre el patrimonio a proteger permiten extenderse más allá del mismo objeto patrimonial de protección (por sus características originales y destaca en la historia de la arquitectura), para proteger también el entorno inmediato donde se inserta el bien sometido al régimen de protección; destacando en mi relato que, en Argentina y especialmente en la ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe, el patrimonio cultural urbano empezó a tener tratamiento en las últimas décadas y como tal, ser objeto de regulación, a través del dictado de normas jurídicas y técnicas que conforman el régimen jurídico de gestión para la protección y conservación del patrimonio urbano bajo el nombre genérico de patrimonio cultural.

Nuestra legislación municipal ha centrado su accionar en el patrimonio urbano arquitectónico, y a tales fines, considera patrimonio cultural a proteger, a los edificios públicos y privados que poseen ciertos estilos arquitectónicos, a las obras singulares, a los monumentos y a los sitios declarados de interés patrimonial, a las plazas, parques y paseos ribereños¹.

La protección de los bienes con valor histórico, cultural, artístico y/o arquitectónico, ha sido un deber reclamado a las Administraciones nacionales y locales desde que surgió en la comunidad una conciencia histórica, de compromiso hacia lo vivido y por entender que se trata de bienes que la comunidad interpreta como representativos de su historia, bienes del y con pasado, que el presente los recibe como herencia social y conserva como aspectos significativos y valiosos de su cultura.

¹ Ordenanza N° 8245 de fecha 6 de marzo de 2008.



Bajo este reclamo la importancia del preservacionismo queda evidente en aquella frase, sencilla pero expresiva, que señala al patrimonio urbanístico como el nexo de nuestro pasado con nuestro futuro².

Por estas razones y las que suplirá el juicio del lector, la sociedad quiere proteger y preservar dichos bienes, no sólo para sí, sino también para goce y disfrute de las futuras generaciones, encontrándose aquí la motivación y finalidad de los instrumentos de gestión urbana que aplican las administraciones locales.

En este aspecto, tanto las cartas y recomendaciones internacionales como las legislaciones nacionales y locales, ponen en cabeza de los Estados el deber de protegerlo.

En el mismo sentido, la Constitución Nacional de la República Argentina, con fundamento en el artículo 41³ de la Carta Magna, impone a las autoridades nacionales la obligación de preservar el patrimonio cultural y de fijar los presupuestos mínimos, los estándares o criterios básicos para su protección, sin alterar las jurisdicciones locales, por cuanto los gobiernos provinciales conservan todo el poder no delegado a la Nación y tienen competencia excluyente sobre los bienes ubicados en su territorio, conforme surge del los artículos 121 y concordantes⁴ de la mencionada Constitución.

Este deber implica que las autoridades públicas tienen la necesaria obligación de adoptar medidas concretas, adecuadas, eficaces y suficientes para proteger el patrimonio cultural y hacer cumplir a los propietarios y terceros el régimen jurídico de protección; debiendo responder ante la comunidad, titular del derecho al patrimonio cultural y a su preservación, por dichas omisiones.

² RIZZI, Fernando. Hacia una consagración constitucional de la preservación del patrimonio histórico, cultural, arquitectónico y urbanístico como derecho de los bonaerenses! **El Derecho**, Tomo 157, 1994. p. 832.

³ Artículo 41.- Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

⁴ Artículo 121.- Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación. Artículo 122.- Se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas. Eligen sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios de provincia, sin intervención del Gobierno federal. Artículo 123.- Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el Artículo 5º asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero. Artículo 124.- Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines y podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso Nacional. La ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca a tal efecto. Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio.



De lo dicho podemos colegir, que no encontramos frente a un nuevo derecho, el derecho de todos a la preservación del patrimonio cultural⁵ – patrimonio arquitectónico urbano – un derecho de incidencia colectiva que impacta en el urbanismo, la economía y el ordenamiento jurídico y genera en el Estado, como adelantáramos, el derecho y el deber de su protección, con las responsabilidades estatales pertinentes derivadas de esta nueva situación.

2. DERECHO A LA CULTURA: DERECHO AL PATRIMONIO CULTURAL: DERECHO AL PATRIMONIO ARQUITECTÓNICO URBANO. DERECHO A SU PRESERVACIÓN. CATEGORIZACIÓN CONSTITUCIONAL Y CARACTERIZACIÓN

2.1. CATEGORIZACIÓN CONSTITUCIONAL

La doctrina y la jurisprudencia constitucional comparada reconocen al patrimonio cultural como un derecho humano fundamental.

Sin embargo, a la fecha, algunas legislaciones nacionales aún no lo han consagrado como tal y su protección se obtiene por vía indirecta y por vinculación o interpretación extensiva a través de su conexión con los contornos o fronteras del derecho al ambiente, que se encuentra normado y protegido jurídicamente⁶.

Las constituciones del mundo, las declaraciones, pactos y convenios internacionales regulan el patrimonio cultural como una función estatal de protección que permite a las administraciones locales fijar acciones administrativas y operativas, pero omiten a veces incorporar dentro de la ley suprema y junto con los demás derechos fundamentales, el derecho al patrimonio cultural.

La constitucionalización del patrimonio cultural se traduce en un haz de posibilidades para exigir al Estado, a su administración nacional y administraciones provinciales y locales, determinadas prestaciones con el fin de garantizar su pleno goce y ejercicio, y se traduce en el deber del Estado y de los particulares propietarios de los bienes que lo integran, de abstenerse de realizar cualquier tipo de actividades o acciones que afecten al patrimonio cultural y al mismo tiempo le impone a aquellos, las tareas u obligaciones destinadas a conservar los bienes inmuebles declarados de valor cultural y arquitectónico.

⁵ Patrimonio cultural a proteger “todos los bienes que constituyan un testimonio material dotado de valor de civilización” Dichiarazione di principio – Comisión Franceschini – Italia – entre 1964/1967.

⁶ En la Argentina la Ley N° 25.675, regula la cláusula constitucional ambiental y establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable; fija los principios de la política ambiental y los presupuesto mínimo, etc. sancionada el 6 de noviembre de 2002 y promulgada parcialmente, el 27 de noviembre de 2002.



Dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho, la constitucionalización del patrimonio cultural es de suma importancia para exigir como lógica consecuencia que los actos del Estado y de los particulares se realicen conforme a tal derecho y para exigir a todos los poderes públicos y niveles de gobierno el cumplimiento del deber de protección, promoción, restauración, preservación y defensa de los bienes culturales en todas sus manifestaciones materiales e inmateriales, y con especial referencia al tema que nos ocupa, de los bienes que integran el patrimonio arquitectónico urbano.

Los que diariamente destruyen, alteran o ejecutan actos depredatorios contra los bienes culturales que integran el patrimonio urbano se amparan en sus derechos individuales de libertad, de propiedad, de comercio, de industria o de libre empresa, en tanto que el ciudadano, una parte de la colectividad o la comunidad toda, no pueden, en muchos casos, invocar frente a la administración pública o ante los órganos de justicia, su derecho al patrimonio cultural porque dentro del catálogo de derechos humanos fundamentales no existen normas positivas que lo contengan.

Darle jerarquía constitucional al patrimonio cultural es prever y promover su conservación y preservación efectiva, y otorgarle rango rector en la política, legislación y administración de los bienes cultural del Estado.

Los derechos humanos se compendian en la normativa del Estado y como tales no pueden ser reclamados y eficazmente tutelados, si previamente no existen las normas positivas que los contengan.

En este sentido, al utilizar la expresión derechos humanos hacemos referencia expresa al conjunto de facultades que corresponden a todos los seres humanos como consecuencia de su innata dignidad; derechos destinados a permitir el logro de sus pretensiones y aspiraciones en armonía con los de otras personas, y que deben ser reconocidos y amparados por los ordenamientos jurídicos de cada Estado.

Los derechos humanos, por consiguiente, pertenecen a las personas por su propia naturaleza y a todos los hombres, sin excepción, a fin de que los disfruten sólo con las limitaciones necesarias para permitir el uso que de ellos, hagan las demás personas.

Se caracterizan por ser innatos, universales, absolutos, oponibles *erga homines*, su respeto puede ser exigido indeterminadamente, inalienables (pertenecen indisolublemente a la propia esencia del hombre), imprescriptibles (son susceptibles de perderse por el no uso), voluntarios o compulsivos; son derivación de las exigencias de la misma naturaleza humana y su titularidad la posee el hombre desde su nacimiento.

Nuestra Constitución Nacional en la parte dogmática, titulada "Declaraciones, derechos y garantías", propone la defensa de los derechos y libertades fundamentales del hombre, como fin último del Estado y en su organización institucional, limita las atribuciones de las autoridades públicas dando seguridad al individuo frente aquellas y consagrando las garantías que aseguran el pleno goce de dichos derechos y libertades.



En el régimen jurídico argentino, los derechos humanos se encuentran receptados en nuestro derecho interno, en nuestra Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos que se enumeran en el artículo 75 inciso 22 de la misma, los cuales con la Reforma Constitucional de 1994 adquirieron rango constitucional⁷.

2.1.1. El plexo de derechos humanos ha recepcionado múltiples criterios de clasificación. A los fines de esta exposición y en relación directa al derecho al patrimonio arquitectónico urbano he de comentar solo dos, de las tantas tipificaciones utilizadas por la doctrina: el tiempo y el sujeto, titular del derecho.

2.1.1.1. En este sentido, en razón de su aparición histórica, y siguiendo a Sagüés⁸, es posible hablar de:

a) Derechos constitucionales *de primera generación*⁹, clásicamente denominados derechos civiles y políticos. Estos derechos son consecuencia del constitucionalismo liberal, y se encuentran reflejados en el derecho argentino en los artículos 14 a 18 de la Constitución Nacional¹⁰. Son derechos conferidos por lo común a un solo individuo e importan el afianzamiento de los valores de libertad, propiedad, seguridad, entre otros;

⁷ La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño. Estos instrumentos jurídicos internacionales en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional y no derogan ningún artículo de la primera parte de la Constitución Argentina y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. La propia Constitución prevé que sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara y dispone en el mismo inciso del artículo en comentario, que los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

⁸ SAGÜÉS, Néstor Pedro. **Elementos de derecho constitucional**. Tomo 2, Bueno Aires: Editorial Astrea. 1993. p.19 y siguientes.

⁹ Los derechos individuales, civiles y políticos o de primera generación están plasmados en la famosa Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y surgieron con el constitucionalismo liberal clásico de fines del siglo XVII y principios del siglo XIX con las revoluciones norteamericana y francesa.

¹⁰ Artículo 14.- "Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender". Artículo 15.- "En la Nación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución; y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración. Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebren, y el escribano o funcionario que lo autorice. Y los esclavos que de cualquier modo se introduzcan quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República". Artículo 16.- "La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas". Artículo 17.- "La propiedad es



b) Derechos de *segunda generación*¹¹., Estos derechos comprenden los derechos sociales, económicos y culturales o derechos sociales en conjunto; son propios del constitucionalismo social y se trata principalmente de derechos concedidos a los trabajadores y a los gremios, y que benefician también a la familia; refieren a valores como la igualdad y solidaridad y apuntan a resolver la denominada cuestión social. Se encuentran consagrados en el artículo 14 bis¹² de la Constitución Argentina 75 incisos 17, 19 y 23¹³ y;

inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el Artículo 4º. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie". Artículo 18.- "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice".

¹¹ Los derechos colectivos, económicos, sociales y culturales o de segunda generación están recogidos en la conocida Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y han aparecido como conquista de las revoluciones de Rusia (1917) y México (1910).

¹² Artículo 14 bis.- "El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor, jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial. Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo. El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna".

¹³ Artículo 75 inciso 17. "Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería Jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones". Inciso 19. "Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento. Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. Para estas iniciativas, el Senado será Cámara de origen. Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia



c) Derechos de *tercera generación*¹⁴, también llamados derechos colectivos o derechos de incidencia colectiva¹⁵. Estos derechos que emergen luego de la Segunda Guerra Mundial y sus titulares son todas las personas, los grupos, la sociedad o la colectividad en su conjunto y, en algunos casos, los pueblos o la humanidad toda. Estos derechos se distinguen de los mencionados anteriormente por su alcance extraprocesal y refieren, por ejemplo y entre otros, a la tutela del medio ambiente, del patrimonio natural y cultural, del nombre y la propia imagen, derecho a la autodeterminación, al desarrollo, a la paz.

En Argentina, antes de la Reforma Constitucional de 1994, estos derechos se reputaban captados por el artículo 33¹⁶, en la cláusula de los derechos no enumerados y, a partir de la Reforma se encuentran consagrados expresamente en los artículos 41¹⁷ y 75 inciso 22¹⁸.

y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales. Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales". Inciso 23. "Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia".

¹⁴ Los derechos de tercera generación han surgido a raíz del consumismo post industrial como consecuencia de los acontecimientos ocurridos antes y durante la segunda guerra mundial, sobreviniendo la internacionalización de los derechos humanos sustentados en la solidaridad y universalidad.

¹⁵ La doctrina entiende como derechos de tercera generación a una nueva categoría de derechos que vienen adquiriendo muchísima preponderancia como por ejemplo el derecho al ambiente, el derecho al desarrollo, el derecho al patrimonio cultural, el derecho al patrimonio común de la humanidad, el derecho a la libre determinación de los pueblos, el derecho a la paz, los derechos del consumidor, los derechos de la no discriminación y otros que son objeto de innumerables declaraciones y convenciones internacionales. Los derechos de tercera generación se inspiran en una cierta concepción de vida humana en comunidad y sólo pueden ponerse en práctica gracias al esfuerzo de todos y su protección efectiva requiere la cooperación, la concertación y la solidaridad entre los hombres y los estados de la comunidad internacional.

¹⁶ Artículo 33.- "Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno". Los jueces antes de la Reforma constitucional de 1994 han reconocido protección judicial en defensa de los llamados derechos colectivos, recurriendo al concepto de derechos subjetivos implícitos que prevé el artículo en comentario ("Kattan, Alberto c. Poder Ejecutivo Nacional" – El Derecho (ED), 105-245.

¹⁷ Artículo 41.- "Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos"

¹⁸ Ver Nota 6.



Esta última categoría, derechos de incidencia colectiva, a decir de Gordillo¹⁹, es una noción superadora tanto del derecho subjetivo como del interés legítimo y viene siendo preanunciada en todos los ordenamientos contemporáneos y resulta comprensiva, en determinadas situaciones, de los intereses colectivos, los intereses difusos, los intereses comunitarios, la preservación de la legalidad urbanística, la protección de los derechos de los vecinos, la adecuada prestación de los servicios públicos y el mismo interés público o de la colectividad.

La introducción constitucional, en nuestro país, de los derechos de incidencia colectiva denota un progreso en esta materia y es una novedosa formulación de la Reforma de 1994; no obstante ello, algunos autores prefieren utilizar la conocida expresión de derechos públicos subjetivos, en una nueva proyección o perspectiva, destacando que se trata de verdaderos derechos – los de incidencia colectiva – y no de simples intereses y que nunca se trata de cuestiones privadas, sino públicas (tanto por el carácter colectivo de sus titulares como por la calidad o naturaleza de los bienes protegidos), en miras a superar un enfoque privatista²⁰.

Compartiendo el pensamiento de Luqui²¹ podemos afirmar que la aparición en escena de los derechos de incidencia colectiva obedeció a tres circunstancias:

a) la ineficiencia del Estado en su cometido de proteger debidamente el interés general;

b) el mayor protagonismo que reclaman los individuos en todo aquello que afecte su ámbito vital, sobre todo, cuando cada vez el hombre depende más de la Administración y,

c) la influencia de algunas ideas que propician socializar la protección de los derechos e intereses y, al mismo tiempo, transferirle a la justicia la decisión final en materias que siempre estuvieron reservadas a la competencia administrativa.

Por su parte, Balbín²² entendió como posible sintetizar las opiniones en torno al concepto de derechos de incidencia colectiva en los siguientes términos: a) cuando el objeto jurídico es indivisible; b) cuando el objeto es divisible, pero con afectación de

¹⁹ GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. Tomo 2: La Defensa del Usuario y del Administrado, 3 ed., Buenos Aires: Editorial Fundación de Derecho Administrativo, 1998. p. II-5.

²⁰ QUIROGA LAVIE, Humberto; BENEDETTI, Miguel Ángel; CENICACELAYA, María de las Nieves. **Derecho Constitucional Argentino**. Tomo I, 2 ed., actual. Buenos Aires: Runbital Culzoni, 2009. p. 320.

²¹ LUQUI, Roberto Enrique. **Revisión judicial de la actividad administrativa**. Tomo I - Juicios contenciosos administrativos. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2005. p. 384-385. La defensa de estos intereses siempre le correspondió a la Administración, como gestora del interés público o interés general. Ahora se considera que la sola circunstancia de constituir un cometido estatal no impide que los administrados accionen judicialmente cuando se consideren agraviados, por su condición de destinatarios directos de las necesidades que satisfacen tales intereses; agregándose a ellos una tendencia a socializar la protección jurisdiccional y en doble vía, para que todos puedan accionar en defensa de la comunidad, y para que las decisiones judiciales alcancen a todos sus integrantes.

²² BALBÍN Carlos F. **Tratado de Derecho Administrativo**, Tomo III, Editorial La Ley, pág. 305, Año 2010.



intereses individuales y colectivos con relevancia social; c) cuando el objeto no permite definir los sujetos afectados; d) cuando existe un grupo de sujetos afectados de igual modo y en relación al mismo objeto, e) cuando se trate del interés de un grupo indeterminado de personas sobre un objeto indivisible o con fuerzas expansivas sobre un grupo de persona, f) cuando recae sobre bienes colectivos y su ejercicio es homogéneo respecto de un conjunto de personas, pero siempre que el acceso a la justicia esté obstaculizado por las circunstancias del caso y g) cuando existe un caso único que causa perjuicio sobre cada sujeto individualmente de modo indivisible del resto.

2.1.1.2. La variable sujeto a los fines de la categorización o clasificación de los derechos hace referencia a los sujetos particulares, en tanto conforman el ámbito personal de validez de los derechos constitucionales y, en especial el presupuesto de los derechos, garantías y deberes como normas de conducta de los individuos que conforman la población del Estado. En relación a quienes son los titulares de derechos o sujetos activos, nuestra Constitución Nacional incluye a las personas físicas o jurídicas, a quienes en su articulado las individualiza como habitante, ciudadano, ciudadano por naturalización, extranjero, reo, entre otras individualizaciones. (Artículos 16, 17 a 19²³).

En materia de derechos de incidencia colectiva, y concretamente a los fines del ejercicio del derecho de preservación del patrimonio urbano, se identifica como sujeto

²³ Artículo 16.- La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas. Artículo 17.- La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el Artículo 4º. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie. Artículo 18. "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice". Artículo 19. "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe". Artículo 20.- "Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República".



titular a “todos los habitantes” (artículo 41²⁴ de la Constitución Nacional) y a “toda persona” (artículo 43²⁵ de la Constitución Nacional).

En este sentido, el mencionado artículo 41²⁶, expresa que “todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo”.

Así, es posible que un sujeto haga valer en nombre propio el derecho al patrimonio urbano que también es de otros; en este caso, los efectos de la decisión administrativa o judicial es posible que beneficie a una generalidad o a un grupo; todo titular de un derecho de incidencia colectiva puede al mismo tiempo titular de un derecho subjetivo individual, pudiendo ser ejercido, en este supuesto, por el titular agravado, aún sin la intención de beneficiar por ese medio a otros sujetos que se hallan en similar situación y ello es así, por cuanto los derechos enumerados en los artículos 41²⁷ y 43²⁸ de la Constitución Nacional, si bien protegen a los individuos como integrantes de la sociedad – razón por la cual se los discurre como derechos de incidencia colectiva – cuando un sujeto los invoca para promover una acción judicial a título personal o exclusivo no se diferencia de los derechos subjetivos individuales.

Luego, la importancia de la individualización radica en que todo derecho exige que haya un titular y un obligado, todo deber jurídico exige igualmente que haya un obligado y un titular o beneficiario.

Desde el punto de vista del contenido u objeto, el deber jurídico (que es a su vez el derecho subjetivo, visto desde el ángulo del titular, y no del obligado) puede consistir en un hacer, dar o no hacer y, en todos los casos el deber es una actividad jurídicamente

²⁴ Ver Nota 13.

²⁵ Artículo 43.- “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización. Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística. Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio”.

²⁶ Ver Nota 6.

²⁷ Ver Nota 6.

²⁸ Ver Nota 20.



exigible al obligado; a su vez el correlativo derecho subjetivo reside en la posibilidad de exigir la realización de tal actividad²⁹.

En Argentina, a partir de la Reforma Constitucional de 1994 se ha consagrado al patrimonio cultural urbano, como un derecho de todos, a ser protegido por las autoridades públicas.

Por ende, a los fines de nuestro análisis y en relación al derecho al patrimonio arquitectónico urbano, la Constitución considera titulares del mismo – sujetos constitucionales – a los fines de su preservación a “todos los habitantes”; “todos los habitantes tienen derecho a la preservación del patrimonio cultural – arquitectónico urbano, en la especie,” y ese derecho puede ejercerse por cualquier vía apta para la pretensión que se persiga.

En apoyo a nuestra postura, resulta relevante para aplicar por vía analógica a la preservación del patrimonio urbano arquitectónico, el análisis que Hutchinson³⁰ efectúa en torno a las causas ambientales, al señalar que el artículo 41³¹ (que consagra además el derecho a la preservación del patrimonio cultural) reconoce a “todo habitante” el derecho a recurrir a las vías que tenga a su alcance en la protección del ambiente, en especial las procesales administrativas, señalando que no cree que tal amplitud se reduzca a la acción de amparo, ya que en este caso sería el afectado, en los términos del artículo 43³² de la Constitución Nacional y no cualquier ciudadano, el que podrá requerir la protección ambiental – léase a los fines de este trabajo, “requerir la preservación del patrimonio arquitectónico urbano” – y ello no sería lógico, cuando el texto Constitucional reconoce a “todos los habitantes” el derecho a un ambiente sano, donde el aire, la atmósfera, el agua y tantas otras cosas que en cada situación componen o integran el ambiente, suscitan en todos cuantos están situados en su entorno un derecho – si no se quiere usar esa palabra, dígase: un interés colectivo – que es de cada uno y es de todos los que forman el grupo o conjunto humano. Hay una continuidad que no pierde sus esencia cuando el afectado es uno cualquiera de ese grupo, sin la añadidura de un perjuicio personal y directo; personal y directo viene a ser el perjuicio compartido por todos en esa co titularidad.

2.2. CARACTERIZACIÓN

En el contexto en análisis, el derecho a la cultura como categoría genérica del derecho al patrimonio cultural³³ - urbano – arquitectónico, se traduce en el derecho que

²⁹ GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. Tomo 2: La Defensa del Usuario y del Administrado, 3 ed., Buenos Aires: Editorial Fundación de Derecho Administrativo, 1998. p. III-1.

³⁰ HUTCHINSON, Tomás. **Derecho Procesal Administrativo**. Tomo II. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2009. p. 273-274 y nota 195.

³¹ Ver Nota 6.

³² Ver Nota 20.

³³ El derecho al patrimonio cultural es un derecho de solidaridad o de tercera generación que aparece a raíz de los conflictos armados y especialmente a partir de la primera guerra mundial surge a nivel internacional la preocupación por proteger y conservar los lugares, construcciones o monumentos de gran interés, lo



tiene toda persona, todo habitante, a participar de la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes, a gozar del patrimonio cultural, arquitectónico o urbano.

El derecho a la cultura, como género del derecho al patrimonio urbano arquitectónico, se caracteriza por ser un derecho natural, universal, absoluto, irrenunciable, inalienable, indisponibles y fundamentalmente de incidencia colectiva.

Se dice que es natural³⁴ por que la norma jurídica no lo crea sino que simplemente lo reconoce.

Su universalidad se relaciona con su titularidad, al corresponder a todas las personas, sean nacionales o extranjeras, porque pertenece a la humanidad entera y por lo tanto las repercusiones negativas del proceso depredatorio afectan a toda la sociedad en su conjunto.

Es absoluto por cuanto todos pueden ejercerlo directamente sin ninguna limitación, sin perjuicio que para su ejercicio pleno la ley establece limitaciones y restricciones específicas al ejercicio de otros derechos o libertades.

Es indisponible e inalienable por cuanto están sustraídos del mercado, porque se encuentra fuera del comercio de los hombres.

Y finalmente es difuso porque su titularidad no sólo corresponde a los ciudadanos individualmente considerados como tales, sino como miembros de la colectividad, lo que sienta las bases de la legitimidad procesal para su defensa judicial y administrativa. Sobre el carácter difuso del patrimonio cultural debemos entender que las generaciones presentes tenemos el derecho y el deber de conservar el patrimonio cultural en todas sus manifestaciones, en tanto que las generaciones futuras tienen el derecho de heredar.

La protección del patrimonio cultural beneficia tanto a los habitantes o ciudadanos actuales como a los futuros que hoy no existen pero que existirán próximamente.

Por ello, el derecho al patrimonio cultural no solo es un derecho particular que pertenece al hombre individualmente considerado como tal, sino que también es un

que motivó la convocatoria en 1972 de la primera Convención de las Naciones Unidas sobre Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural. Los promotores de la Tercera Generación de Derechos Humanos, en el seno de las organizaciones internacionales y particularmente en la ONU, pretendieron afirmar una nueva dimensión, hasta entonces subyacente y a veces deliberadamente ignorada. Si la primera generación de los Derechos del Hombre se refiere a los derechos individuales y a las libertades públicas que hacen del individuo un ser político (Declaración de independencia de los Estados Unidos de 4 de julio 1776); si la segunda generación de Derechos Humanos se preocupará mucho más del individuo en cuanto ser social (Constitución francesa de 1946), la tercera generación de los Derechos del Hombre se preocupa de la condición socioeconómica de la persona, de la solidaridad entre la especie humana, es decir, la inquietud por la salvaguarda de esa especie. En esa perspectiva se inscriben los cuatro pilares fundamentales de los derechos de la tercera generación entre los que se incluyen los de Patrimonio de la Humanidad.

³⁴ Derechos naturalmente inherentes al ser humano, anteriores y superiores a las legislaciones escritas y a los acuerdos entre gobiernos, derechos que le incumbe a la comunidad civil otorgar, sino el reconocer y sancionar (MARITAIN, J. Acerca de la filosofía de los derechos del hombre, Los derechos del hombre. In: UNESCO, **Estudios y comentarios en torno a la nueva Declaración universal**. México: Fondo de Cultura Económica México, B.A. 1942. p. 72)



derecho social porque pertenece a la comunidad nacional e internacional en su conjunto. Es un derecho colectivo que pertenece a todos en general y a nadie en particular y su afectación incide y perturba a toda la colectiva.

En el caso, la Constitución Nacional recepciona como derecho fundamental una aspiración o necesidad sentida socialmente por individuos y grupos sociales. No obstante ello, aún existe un vacío en el ordenamiento jurídico nacional que se traduce en la falta de regulación del derecho al patrimonio cultural en la legislación nacional y en las reglamentaciones locales, como un derecho publico subjetivo, que lo convierta en un bien jurídicamente tutelado y efectivamente protegido (como sucede con el derecho al medio ambiente); por ende que obligue al Estado y a la sociedad toda a adoptar las medidas necesarias para protegerlo y conservarlo.

Pese a ello, esta falencia en el derecho argentino la suple la operatividad de este derecho consagrada en la cláusula constitucional ya mencionada reiteradamente.

El derecho al patrimonio cultural, como un derecho de tercera generación, en la esfera de la subjetividad protege y preserva los ámbitos construidos por el hombre, la obra arquitectónica el hombre.

Desde la imprescindible perspectiva histórica que debe presidir todo estudio sobre los derechos humanos, hay que contemplarlos como respuestas de los sistemas jurídicos constitucionales e internacionales, a las necesidades vitales del hombre, satisfaciendo todas aquellas aspiraciones sociales que fueron desentendidas cuando no despreciadas por el constitucionalismo del Estado Liberal³⁵. Estos derechos fundamentales debilitan, como en nuestro caso, el derecho de propiedad³⁶, integrando nuevas exigencias de la vida social.

El derecho al patrimonio cultural entre los derechos de tercera generación: dan respuesta a las nuevas necesidades vitales sentidas como valores jurídicamente exigibles e irrenunciables por el hombre de hoy y se encuentra en pleno proceso de consolidación y en abierto desarrollo a las nuevas necesidades de los habitantes de un país.

Como señala Frosini³⁷, estamos ante una "tutela jurídica" concedida a los grupos representantes de los "intereses difusos", como los intereses ecológicos y medio ambientales, y ante la existencia de derechos "sin cuajar" en la práctica social y todavía

³⁵ BRAVO, Carlos López. **El patrimonio cultural en el sistema de derechos fundamentales**. Sevilla: Editorial Universidad de Sevilla Secretariado de Publicaciones, 1999. p. 132.

³⁶ A los fines de la protección de los inmuebles declarados de valor urbano arquitectónico, el derecho de propiedad sufre de restricciones al dominio, que tan solo disminuyen el carácter absoluto de aquel pero sin afectar a la propiedad que queda indemne. Estas limitaciones son expresión de las prerrogativas del Estado de regular el ejercicio de los derechos subjetivos constitucionalizados (derecho de usar y disponer de la propiedad).

³⁷ FROSINI, Vittorio. **Los derechos humanos en la era tecnológica**. In: Derechos humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio. Madrid: Editorial Marial Pons- Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996. p. 87 y siguientes.



no basados ni regulados en las leyes, recabando de la Sociología Jurídica la tarea de determinación y elaboración crítica de estos derechos.

El derecho al patrimonio cultural urbano, como ya se dijo, forma parte del derecho a la cultura, derecho que se conecta directamente con el desarrollo integral de la personalidad, no es propio de un solo individuo sino de una comunidad o colectividad y hace a su identidad.

La identidad de los pueblos que está estrechamente ligada a las consecuencias y derivaciones de la complejidad de los procesos históricos y sociales vividos por cada grupo humano en un tiempo y geografía determinada; se trata de bienes que la comunidad interpreta como representativos de su historia, por tratarse de bienes del pasado, que el presente los recibe como herencia social y conservan aspectos significativos y valiosos de su cultura, por esa razón se los quiere proteger y preservar para sí y para disfrute también de las futuras generaciones, encontrándose aquí la motivación y finalidad de dichas acciones³⁸.

3. ELEMENTO SUBJETIVO Y OBJETIVO

Bajo este ítem he de discurrir sobre las personas (físicas y jurídicas) titulares del derecho a la preservación del patrimonio arquitectónico urbano y los bienes objeto de protección, esto es, el elemento subjetivo, es decir el sujeto con aptitudes procesales y el elemento objetivo, el objeto sobre el cual recae el interés colectivo.

3.3.1. Elemento subjetivo. Siguiendo el criterio sustentado por Quiroga Lavié, Benedetti y Cenicacelaya³⁹, los derechos de incidencia colectiva o derechos públicos subjetivos presentan como característica original que son derechos supraindividuales o pluripersonales por pertenecer indistintamente o alternativamente a una pluralidad de sujetos; no están en cabeza de un sujeto determinado sino esparcidos entre todos los que conforman una comunidad o parte de ella, que se encuentran vinculados entre sí por un nexo previamente establecido.

De la lectura ordenada y metódica de los ya comentados artículo 41⁴⁰ y 2do. párrafo del artículo 43⁴¹ surge que, en el lenguaje de nuestra Constitución Nacional, “todos los habitantes” (personas individualmente consideradas, grupos, comunidad, colectividad,

³⁸ TALLER, Adriana. **La Gestión del patrimonio arquitectónico local:** problemáticas y desafíos. Ponencia presentada en el III Congreso de la Red Docente Eurolatino americana de Derecho Administrativo, A Coruña, España, 2013.

³⁹ Los autores, Humberto Quiroga Lavie, Miguel Ángel Benedetti, María de las Nieves Cenicacelaya, sintetizan esta caracterización expresando que en estos casos, “nadie” es titular del derecho y “todos” lo son y agregan que son colectivos, porque sólo pueden satisfacerse respecto de varios individuos conjuntamente. QUIROGA LAVIE, Humberto; BENEDETTI, Miguel Ángel; CENICACELAYA, María de las Nieves. **Derecho Constitucional Argentino.** Tomo I, 2 ed., actual. Buenos Aires: Runbital Culzoni, 2009. p. 317.

⁴⁰ Ver su texto en Nota 6.

⁴¹ Ver su texto en Nota 20



pueblo en su conjunto), esto es cualquier “habitante” puede exigir el respeto del derecho enunciado y su efectivización.

En el articulado mencionado aparecen además, como sujetos titulares:

1. “el sujeto afectado⁴²”, que puede ser: 1.1) el titular de derechos subjetivos, que actúa por sí y en representación de otros titulares de derechos subjetivos diferenciados o en representación de titulares de derechos de incidencia colectiva (intereses colectivos) o 1.2) el titular de intereses colectivos y no de derechos subjetivos;
2. las asociaciones, cuyo fin sea la defensa del patrimonio cultural o urbano⁴³;
3. “el Defensor del Pueblo⁴⁴”, a quien solo se le exige acreditar el derecho de incidencia colectiva de que se trate y puede intervenir, con carácter prescindente de los otros sujetos legitimados y
4. un sujeto potencial “las generaciones futuras”, expandiendo así el ámbito subjetivo del derecho. “Las generaciones futuras constituyen un sujeto de derecho preciso en la medida en que es cierto que los hombres y las mujeres del futuro podrían estar impedidos de vivir una parte de la dignidad a la que tienen derecho si nosotros les legamos un patrimonio genético gravemente empobrecido, un medio natural irreversiblemente devastado, unos archivos destruidos”⁴⁵.

Paralelamente a este derecho a conservar, proteger, preservar y promover el patrimonio cultural urbano coexiste el derecho a beneficiarse con su existencia, ergo, concomitantemente con el derecho nace el deber de conservación o preservación.

Resulta entonces de relevancia en el tema en tratamiento, no solo la individualización del sujeto activo: sujeto titular de este derecho (sujeto titular de situaciones jurídicas activas frente al Estado) sino también la identificación de los sujetos pasivos, esto

⁴² La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en el fallo “Mendoza, Beatriz S. y Otros c/ Estado Nacional y Otros”, Sentencia del 24 de agosto de 2006. Fallos 329:3445, interpretó que afectado en representación de intereses colectivos debe también alegar y probar que es titular de derechos subjetivos en relación con el mismo objeto.

⁴³ La inclusión de las asociaciones, personas jurídicas privadas, legitimadas al igual que las personas físicas para actuar en defensa de los derechos colectivos reafirma la dimensión colectiva de los sujetos activos y un participacionismo en esta materia (protección del patrimonio urbano) que se suma a las demás consagradas en la Constitución Nacional.

⁴⁴ Artículo 86 de la Constitución Nacional “El Defensor del Pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas. El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal. Es designado y removido por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las Cámaras. Goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores. Durará en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez. La organización y el funcionamiento de esta institución serán regulados por una ley especial”. Ver Ley Reglamentaria, N° 24.379 - Boletín Oficial de la República Argentina de fecha 12 de octubre de 1994.

⁴⁵ Conceptos de Meyer –Bisch, citado por BRAVO, Carlos López. **El patrimonio cultural en el sistema de derechos fundamentales**. Sevilla: Editorial Universidad de Sevilla Secretariado de Publicaciones, 1999. p.146.



es, el individuo (habitante, propietario) sujeto o sometido a las potestades del Estado y el Estado mismo, en asegurar el goce y disfrute del derecho al patrimonio cultural.

Nuestra Constitución Nacional al propio tiempo que reconocer el derecho al patrimonio cultural (derecho al patrimonio arquitectónico), impone deberes públicos a los ciudadanos y habitantes. Así, conforme el artículo en comentario todos los habitantes tiene el deber de preservar el patrimonio cultural.

La Carta Magna impone entonces un deber, que se traduce en comportamientos positivos o negativos, según el sujeto de que se trate, y que se le impone a aquel en consideración a ese interés de incidencia colectiva que protege, que no son los suyos propios, sino de otro sujeto distinto o los generales de la colectividad.

Este deber modula como el reverso del derecho al patrimonio cultural y como especificación del principio *alterum non laedere*⁴⁶, que comprende una serie de deberes que obligan a seguir un comportamiento con corrección y prudencia respecto a terceros, para que la convivencia sea posible.

Estos deberes en opinión, de García de Enterría y Ramón Fernández⁴⁷, en algunos casos operan en direcciones genéricas, de forma que los gravados por ellos no tienen frente a sí un sujeto determinado que sea titular de un derecho subjetivo propiamente tal para exigir de ellos el comportamiento en que el deber consiste, sino todo lo más, un poder destinado a actuar como garantía del efectivo cumplimiento del deber.

En estas hipótesis estamos frente a deberes, en sentido estricto, que tienen su origen directamente en la Constitución o en la norma jurídica y no en una relación o negocio jurídico concreto.

Entre los deberes y en relación al tema que nos ocupa, los hay de carácter negativo, que impacta en el aspecto pasivo del ciudadano o habitantes y los hay de carácter positivo. Conforme a ello los habitantes, incluido el propietario de los bienes inmuebles privados afectados por el régimen de protección al patrimonio cultural, se deberán abstenerse de llevar adelante comportamientos o acciones que pongan en peligro la integridad de tales bienes y por otra parte el propietario⁴⁸ y las administraciones

⁴⁶ Antes de la Reforma Constitucional del año 1994, este principio había sido receptado por la Corte Suprema de Justicia, en el caso "Gunther" del Año 1986, publicado en Fallos 308:1118, aunque en otro contexto, a partir de la prohibición de perjudicar a terceros que surge del artículo 19, 1ra. parte de la Constitución Nacional ("Artículo 19 Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe", conforme lo expresan QUIROGA LAVIE, Humberto; BENEDETTI, Miguel Ángel; CENICACELAYA, María de las Nieves. **Derecho Constitucional Argentino**. Tomo I, 2 ed., actual. Buenos Aires: Runbital Culzoni, 2009. p. 325.

⁴⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. **Curso de Derecho Administrativo** Tomo II con Notas de Agustín Gordillo. 1 ed. argentina. Buenos Aires: Editorial Thompson - Civitas y La Ley, 2006. p. 31.

⁴⁸ Los propietarios de los bienes inmuebles se encuentran afectados por las técnicas planificadoras, en el ámbito de la ordenación urbana y destinadas a la protección del patrimonio urbano arquitectónico que impone obligaciones precisas para el propietario, actualizando y concretando, en consecuencia, los deberes inherentes a la configuración de la propiedad como una efectiva función social.



públicas locales deberán realizar o desplegar todas aquellas actividades necesarias e indispensables para conservar dicha integridad: “deber de preservar”.

A su vez, el texto constitucional establece para las autoridades el deber de proteger el patrimonio cultural urbano, como una responsabilidad indeclinable de los poderes públicos, quienes tienen el monopolio de la tutela estatal.

En este sentido, la norma en comentario expresa que “las autoridades proveerán a la protección de esos derechos”, haciendo referencia de manera implícita, a las autoridades públicas (a los tres órganos esenciales del Estado: ejecutivo, legislativo y judicial y demás órganos integrantes de la administración pública centralizada y descentralizada) y a todas las jurisdicciones territoriales: nacional, provincial, municipal y comunal.

3.3.2 Elemento objetivo. Decía precedentemente que en el caso del derecho a la preservación del patrimonio arquitectónico estamos frente a un derecho pluripersonal, donde existe en sus titulares un interés plural compartido sobre un objeto, bien en la especie, materialmente indivisible. Ese objeto al que se hace referencia es el contenido o sustancia del derecho de incidencia colectiva, sobre el cual recae el interés de los titulares.

El aspecto o elemento objetivo de este derecho de incidencia colectiva o derecho público subjetivo es el patrimonio, que en el contexto constitucional se relaciona con la noción clásica del derecho civil de los bienes y de las personas, y que en el caso, admite de manera concreta, una extensión hacia el ámbito público que se expresa en el valor colectivo característico de la universalidad e indivisibilidad de estos bienes, los cuales portan una riqueza cultural, heredada de nuestros antepasados y que debe transmitirse a las generaciones venideras.

El patrimonio arquitectónico urbano: patrimonio cultural urbano, está conformado por los bienes inmuebles, considerados tales por el Código Civil Argentino⁴⁹, y cuantos elementos puedan considerarse consustanciales con los edificios y que formen parte de los mismos o de su entorno o lo hayan formado, aunque en el caso de poder ser separados constituyan un todo perfecto de fácil aplicación a otras construcciones o a usos distintos del suyo original.

Dentro de los bienes inmuebles, siguiendo la clasificación internacional⁵⁰ se incluyen dos tipos de bienes objeto de protección.

⁴⁹ Art. 2.314. Son inmuebles por su naturaleza las cosas que se encuentran por sí mismas inmovilizadas, como el suelo y todas las partes sólidas o fluidas que forman su superficie y profundidad: todo lo que está incorporado al suelo de una manera orgánica, y todo lo que se encuentra bajo el suelo sin el hecho del hombre. Art. 2.315. Son inmuebles por accesión las cosas muebles que se encuentran realmente inmovilizadas por su adhesión física al suelo, con tal que esta adhesión tenga el carácter de perpetuidad.

⁵⁰ La Convención de La Haya de 1954 amplía el criterio de protección, y bajo el paraguas de bienes culturales incorpora a su régimen a los bienes muebles, inmuebles, a los lugares destinados a preservarlos, bajo criterios de gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos, o de gran interés o importantes



1. Los bienes culturales inmuebles aislados, que tengan una gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos, tales como los monumentos de arquitectura, de arte o de historia, religiosos o seculares.
2. Los grupos de construcciones que por su conjunto ofrezcan un gran interés histórico o artístico. Los bienes culturales inmuebles no siempre son aislados sino que pueden constituir conjuntos o sitios. Lugares: obras del hombre y la naturaleza, así como las zonas, incluidos los lugares arqueológicos.

Entre los mencionados en el ítem a) se incluyen también, a los edificios cuyo destino principal y efectivo sea conservar o exponer los siguientes bienes culturales muebles: las obras de arte, manuscritos, libros y otros objetos de interés histórico artístico y arqueológico, así como las colecciones científicas y las colecciones importantes de libros, de archivos o de reproducciones de los bienes antes definidos, tales como museos, las grandes bibliotecas, los depósitos de archivos, así como los refugios destinados a proteger en caso de conflicto armado los bienes culturales muebles mencionados.

Y, entre los segundos, descriptos en el ítem b), se individualizan a los “Centros Monumentales” y a los “Centros Históricos”, por sí mismos y por el acervo monumental que contienen, y que poseen no solamente un incuestionable valor cultural sino también económico y social. Los Centros Históricos no sólo son patrimonio cultural de la humanidad sino que pertenecen en forma particular a todos aquellos sectores sociales que los habitan.

A los efectos de caracterizarlos se utilizan distintos criterios:

1. Interés histórico, arqueológico, científico o social.
2. Formar parte de un conjunto coherente o destacable para su integración en el paisaje.
3. Delimitan una zona relevante urbanística o arquitectónicamente.

El patrimonio arquitectónico urbano, como bien, es colectivo de una clase de personas por ser es conceptual, real y legalmente imposible dividirlo en partes y asignar porciones a los individuos⁵¹.

Así, el objeto colectivo es, según el criterio de Balbín⁵², cualquier bien indivisible cuya titularidad o interés no es propio y exclusivo de uno sino que es compartido por un sin número de personas de modo superpuesto (por caso, el derecho a un medio ambiente sano, equilibrado y apto para el consumo y agregó, la preservación del patrimonio cultural) y sin perjuicio de los intereses individuales concurrentes.

Y recapitula sobre el tema, expresando que el objeto debe ser colectivo en términos teóricos y plausibles por: a) la indivisibilidad del objeto, b) la multiplicidad de sujetos

⁵¹ Según Alexis, citado por NINO, Carlos Santiago. **Fundamentos de Derecho Constitucional**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992. p. 350.

⁵² BALBIN, Carlos F. **Tratado de Derecho Administrativo**. Tomo III. Buenos Aires: Editorial La Ley, 2010. p 433/434.



titulares y c) el interés público o colectivo, es decir, objeto relevante en relación a lo institucional, social o económico y agregado, cultural, histórico, arquitectónico, científico, urbanístico, paisajístico.

4. DESAFÍO DE LAS AUTORIDADES LOCALES EN LA GESTIÓN DEL PATRIMONIO URBANO

La preservación del patrimonio urbano arquitectónico⁵³ tiene entre sus pilares medidas legislativas de protección, que se extienden desde los mandatos constitucionales que fueron objeto de comentario precedentemente, pasando por las convenciones internacionales, hasta las regulaciones provinciales y ordenanzas locales.

En el orden local, en los municipios y comunas, se dictan ordenanzas relacionadas con la protección, conservación y uso del patrimonio edificado – urbano – arquitectónico, aunque la mayoría de ellas se limitan a estructurar un sistema delimitado de sanciones e incentivos, usualmente alejado de las necesidades reales de los propietarios de los inmuebles protegidos y no surge de las prácticas locales un sostenido estímulo a la conservación y rehabilitación de dichos inmuebles destinado a sus propietarios.

En este contexto, se advierte también que los instrumentos de planificación territorial (planes de regulación del uso del suelo y de desarrollo urbano) no guardan consonancia con la regulación de las áreas patrimoniales a proteger y así, se autorizan usos incompatibles con las áreas históricas o arquitectónicas de resguardo y protección.

En términos generales tampoco las ordenanzas locales definen los derechos y obligaciones de los habitantes frente a la preservación y uso del patrimonio urbano, configurándose en ocasiones ordenanzas reactivas contrarias al derecho a la preservación del patrimonio consagrado constitucionalmente.

La ciudad de Rosario como otras ciudades de la República Argentina, muestra las falencias señaladas, lo que en algunas de ellas es grave por cuanto cuentan con un patrimonio edilicio y paisajístico de jerarquía, que merece ser protegido no sólo para mejorar la calidad de vida de sus vecinos sino también como deber hacia las generaciones futuras que merecen recibir tan valioso legado en las mejores condiciones, dando cumplimiento así al mandato constitucional que venimos comentando.

No obstante estas falencias debemos sentirnos afortunados, por cuanto el tema de la preservación del patrimonio arquitectónico y paisajístico, aún con algunas dificultades y deficiencias, ha entrado hace casi una década en la agenda pública municipal, y así lo reflejé en el documento presentado en el Tercer Encuentro de la Red en A Coruña,

⁵³ Se entiende por Preservación del patrimonio los distintos tipos de acciones tendientes a proteger, resguardar y conservar los bienes de valor arquitectónico, histórico, como consecuencia del ejercicio de potestades reguladas por el derecho público para disfrute de los ciudadanos y de las generaciones futuras.



donde analicé los decretos y las ordenanzas⁵⁴ dictadas al efecto y los instrumentos de gestión⁵⁵ que permitían gestionar adecuadamente el patrimonio cultural, describiendo algunos de ellos.

En la temática que nos ocupa un desafío para las autoridades locales es determinar: a) los criterios de protección acordes con las pautas internacionales; b) qué bienes inmuebles deben proteger y cuáles no; c) la fijación de castigos eficaces y efectivos para evitar los casos de atentados contra el patrimonio urbano, provenga estos de terceros (habitantes en general) o de los propios propietarios de los bienes inmuebles protegidos y d) la escasez de recursos económicos y financieros para destinar a los fondos o programas de protección, que se traduce en la falta o dificultades para aplicar incentivos para la conservación de los bienes patrimoniales.

Otro inconveniente no menor es la superposición de normativas, algunas veces contradictorias entre la ordenanzas que disponen la protección patrimonial y las normas contenidas en los reglamentos de edificación o normas técnicas para la construcción de edificios públicos o privados de carácter permanente, en torno a la accesibilidad, seguridad, funcionalidad, etc.

A decir de Tardelli⁵⁶, la falta de efectividad de las políticas protectoras del patrimonio cultural urbano y de su instrumentación jurídica obedece a su criterio: a) a la consuetudinaria auto-limitación de las esferas municipales para ejercer las potestades propias, lo que produce una juridicidad urbanística débil; b) a la supervivencia entre los operadores jurídicos de una concepción decimonónica del derecho de propiedad privada, en la cuál no se admiten restricciones al dominio fundados en la función cultural- ambiental – urbana del bien pese al claro mandato de la Constitución Nacional en su artículo 41⁵⁷; c) a la presencia de un mercado inmobiliario especulativo y voraz que impulsa la sustitución de inmuebles⁵⁸ y d) a la inveterada falta de recursos económicos para la ejecución de las políticas culturales

⁵⁴ Decreto N° 2791/87 – Comisión Evaluadora de Preservación del Patrimonio Urbano; Ord. N° 5278/91 (Modificada Ord. N° 6773/99) - Fondo de Preservación Urbanística de Rosario; Ord. N° 6171 – Programa de Preservación del Patrimonio Histórico, Urbano y Arquitectónico; Ord. N° 7156 – Declara de Interés Municipal los Edificios y Sitios de Valor Patrimonial detallados en su Anexo; Ord. N° 7837 – Edificios catalogados: Celebración de Convenio Urbanístico propietarios/DEM – Remisión p/aprobación-modificación-rechazo/CM; Ordenanza N° 8245 – Inventario y catalogación del patrimonio histórico, arquitectónico y urbanístico de la ciudad de Rosario. – Régimen de protección; Ordenanza N° 8692 – Régimen diferencial para el desarrollo de proyectos edilicios especiales – Clasificación – Indicaciones normativas. Ver en: www.rosario.gov.ar/normativa.

⁵⁵ Instrumentos de Gestión del suelo: 1. De Planificación, 2. De Promoción y desarrollo, 3. De Intervención jurídica, 4. De Financiación, 5. De Redistribución de costos y beneficios y 6. De Participación ciudadana.

⁵⁶ TARDELLI, Fernanda. **Legislación constitucional que falta: la ley de presupuestos mínimos de preservación del patrimonio cultural**. Ponencia presentada en las Jornadas sobre el patrimonio urbano y arquitectónico, Eje temático: La legislación vigente. San Miguel de Tucumán, 19 y 20 de mayo de 2011.

⁵⁷ Ver Nota 6.

⁵⁸ El mercado inmobiliario y las empresas de la construcción fomentan o impulsan la sustitución de inmuebles – demolición y nueva construcción), de vivienda unifamiliar por inmuebles de propiedad horizontal, sobre todo



Otro hecho de trascendencia que dificulta a las autoridades de los municipios a llevar adelante una política de gestión urbana⁵⁹ de preservación del patrimonio urbano más eficaz es la falta a nivel nacional y provincial de una ley que contemple los presupuestos mínimos y que caracterice el nivel de protección imprescindible y uniforme para todo el país o para toda la provincia, según el caso, y determine las limitaciones y restricciones al dominio a los efectos que los propietarios de los inmuebles objetos de protección adecuen el uso, goce y disposición de su bien inmueble a la normativa de protección, sea cual sea la autoridad pública que declare al bien inmueble sujeto a preservación, en el ámbito de su jurisdicción.

Por lo demás, como cada provincia conserva su competencia en esta materia, esta circunstancia les permitiría a las autoridades locales (municipales y comunales) superar las limitaciones o autolimitaciones a sus intervenciones tutelares sobre el acervo cultural.

Frente a la consagración constitucional del derecho a la preservación del patrimonio urbano como un derecho fundamental – derecho de incidencia colectiva o derecho público subjetivo – se encuentra el derecho de propiedad de los titulares de los bienes inmuebles objeto de protección, protegidos por la garantía de inviolabilidad de la propiedad⁶⁰ que actúa como un freno o límites a las potestades de los municipios y comunas.

De este modo, la existencia de una norma nacional o provincial que regule el ejercicio del derecho de propiedad sobre los inmuebles incluidos en el régimen de protección patrimonial, alentarían a las gestiones locales a abandonar su tradicional actitud de impotencia sustentada en la convicción de que carecen de competencia suficiente para hacer, en estos supuestos, efectivas determinadas restricciones al dominio de los particulares.

Las instancias locales (provinciales y municipales) de gestión del patrimonio cultural, podrían prevalerse de ese estatuto patrimonial básico, de existir, y adoptar una política más activa de tutela al desaparecer el riesgo de verse involucradas en demandas judiciales en las que se cuestionen sus potestades o competencia para limitar el ejercicio del derecho de propiedad de los particulares.

en sectores de la ciudad donde los indicadores urbanísticos permiten la construcción en altura, obteniendo los propietarios de los inmuebles sometidos al régimen de preservación precios atractivos por esas operaciones inmobiliarias que desalientan su interés por la conservación y preservación de los inmuebles.

⁵⁹ La gestión del suelo o urbana puede ser definida como el conjunto de intervenciones de las entidades públicas sobre el mercado de la tierra, tendientes a corregir lo que podría conducir a evoluciones socialmente inaceptables, ineficientes en materia económica y ecológicamente dañosas, y de manera aún más sencilla “la gestión urbana es la suma de acciones tendientes a asignar una utilización racional del suelo para regular procesos de urbanización y edificación.

⁶⁰ Ver Nota 24, Artículo 17 de la Constitución Nacional Argentina.



Los gobiernos locales, como consecuencia de la ubicación de los inmuebles de propiedad privada o del dominio privado o público de las autoridades públicas (nacionales, provinciales, municipales o comunales) en ámbito de su jurisdicción territorial, son los sujetos encargados de dictar los planes urbanos de ordenamiento territorial y los programas de preservación del patrimonio arquitectónico-urbano, ejecutando los mismos y llevando adelante las acciones necesarias para la gestión de dicho patrimonio a los fines concretos de su preservación y conservación, orientadas hacia el logro de un desarrollo sostenible de las Provincias, los Municipios y las Comunas, en beneficio de las presentes y futuras generaciones, como señala la Constitución Nacional.

Cuando hablo de la gestión en términos urbanísticos hago expresa referencia a un proceso de coordinación, planificación, manejo y control de acciones y operaciones con el objeto de conseguir una óptima conservación de los bienes inmuebles objeto de protección y un uso de aquellos adecuado a las exigencias sociales contemporáneas, de manera de no afectar con restricciones y limitaciones al dominio, el uso, goce y disponibilidad de los mismos por parte de sus propietarios públicos o privados.

La tutela al patrimonio arquitectónico urbano requiere, pues, en el orden municipal del soporte inexcusable del ordenamiento jurídico – instrumentos normativos -, y la adopción de éstos presupondrá a su vez, un soporte social consonante y necesario, que interese a la sociedad y la comprometa con la preservación, logrando la participación activa de aquella, asumiendo la responsabilidad que le corresponde en la defensa de los valores del patrimonio.

Sin perjuicio de ello, para que el cumplimiento de la ley sea la regla general y no la excepción, progresivamente los ciudadanos, como ha pasado en otros campos, irán acomodando espontáneamente u obligatoriamente sus conductas a los requerimientos urbanísticos en la materia.

La intervención de las autoridades locales en edificios, grupos de construcciones y centros de valor patrimonial requiere de una combinación de estrategias de preservación, conservación, valorización y recuperación en distintos grados y con distintos objetivos, que deben responder a los lineamientos o directrices trazadas en los instrumentos de gestión urbana. Estas estrategias están en función de una suma de condiciones dadas por el lugar, de los propietarios del suelo y las capacidades económicas, financieras y técnicas del municipio.

En función de ello es responsabilidad de las autoridades locales dirigir procesos para su adecuada gestión e involucrar a la ciudadanía en razón de su rol de sujeto activo y pasivo del derecho a la preservación del patrimonio urbano arquitectónico.

Se ha señalado que las acciones y estrategias a emprender deben evitar que la preservación de identidad histórica y cultural implique convertir a la ciudad en un “museo urbano”; conservar o proteger área de valor patrimonial no debe llevar necesariamente a prohibir el desarrollo de nuevas actividades en la misma.



En este sentido la gestión del patrimonio debería tener como objetivos recuperar para la sociedad el valor del patrimonio construido que conforme su historia y memoria colectiva, sin afectar el desarrollo económico y social del área intervenida.

Conocer cómo se gestiona el patrimonio en otras ciudades de problemáticas comunes, reseñar las buenas y malas prácticas, son ejercicios necesarios para la gestión del patrimonio urbano y pueden aportar ideas para el diseño de instrumentos y metodologías para el tratamiento del patrimonio. Los ejemplos o modos de intervención pueden resultar orientadores o adaptables pero de ningún modo replicarse, aunque se trate de modelos exitosos.

En cuanto a los distintos instrumentos de gestión urbana de preservación del patrimonio urbano tampoco pueden ser asumidos como un modelo para “armar y usar” en cualquier contexto.

Cada municipio y comuna implementa los instrumentos de gestión urbana conforme la situación socio, económico, cultura y territorial; máxime al ser tan disímiles los municipios y comunas en la Argentina y en el la medida que el ordenamiento jurídico lo permita o se vaya generando la normativa que los habilite.

Cada autoridad pública local debe diseñar sus propios métodos y herramientas de acción en base a las condiciones que impone el medio en el que actúa, teniendo siempre presente que estos instrumentos de gestión deben resolver las tensiones existentes en el desarrollo de la ciudad y lograr los valores que inspiran el desarrollo urbano.

Frente a la garantía de la inviolabilidad de la propiedad y la falta de recursos económicos y financieros suficientes para solventar los gastos que demandada una efectiva política de conservación y protección del patrimonio urbano arquitectónico, los municipios se ven en la necesidad de aplicar instrumentos que eviten el deterioro o sustitución de los inmuebles objeto de protección.

Sin repetir instrumentos de gestión⁶¹ abordados en trabajos presentados en anteriores encuentros⁶² he de precisar a continuación algunas medidas que los municipios adoptan a los fines de encauzar la protección del patrimonio urbano y que son su desafío, en muchos casos ante la falta de experiencia en su instrumentación y aplicación:

1. Limitación de la altura de la edificación y sus complementos. La aplicación de este indicador urbanístico permite reducir las potencialidades constructivas de amplias zonas con calidades urbanas y arquitectónicas relevantes.

⁶¹ Los instrumentos de la gestión urbana conforman un conjunto de herramientas de carácter normativo e instrumental, que aplicadas de forma simultánea y coordinada, permiten definir de qué manera se actuar en el territorio para producir el espacio urbano.

⁶² TALLER, Adriana. **La Gestión del patrimonio arquitectónico local:** problemáticas y desafíos. Ponencia presentada en el III Congreso de la Red Docente Eurolatino americana de Derecho Administrativo, A Coruña, España, 2013.



Esta técnica consiste en fijar un límite a la altura de la edificación, lo cual desalienta la sustitución de inmuebles por la falta de rentabilidad en las operaciones inmobiliarias.

2. Unidades de Interés de Preservación (UIP), conformado por un conjunto de inmuebles sobre los cuales es posible aplicar una serie de instrumentos de protección e incentivo a los fines de la preservación de los bienes patrimoniales que la integran. También aplicables a los polígonos de interés patrimonial.
3. Incentivos Constructivos El sistema de premios de incentivo es un mecanismo que busca incentivar una mejor configuración de la ciudad a través de soluciones arquitectónicas y urbanísticas que desarrollen programas y acciones de gran compromiso con el espacio público y respeto por el medio heredado. Entre los incentivos a otorgar a los propietarios de los inmuebles reconocidos como patrimonio cultural pueden señalarse: 3.a) Estímulos fiscales: reducción del impuesto territorial urbano o predial urbano contemplado en la ley sobre el impuesto inmobiliario; 3.b) Beneficios tributarios en caso de transacciones inmobiliarias sobre los mismos (disminución o eximición de impuestos en caso de donaciones o ventas); 3.c). Transferencia de indicadores urbanísticos: autorización para edificar por encima de los límites previstos por la legislación. Ese incentivo puede ser utilizado sobre los lotes que contienen una edificación de valor cultural y cuyas dimensiones permiten compatibilizar una edificación nueva con aquella a preservar. También puede ser utilizado este instrumento en lotes que poseen restricciones para construir. En este caso el potencial para construir puede ser transferido a otro inmueble. Esta modalidad a los fines de la construcción de una nueva obra edilicia permite que el propietario cuyo inmueble se encuentra bajo la protección del régimen de preservación del patrimonio urbano obtenga de las autoridades locales una autorización para vender el potencial constructivo de su unidad de interés de preservación a otros interesados en construir. La aplicación de este instrumento viabiliza la obtención de recursos económicos para la conservación y restauración del patrimonio afectado. Este potencial de edificación es posible de ser transferido a áreas estratégicas previamente delimitadas y definidas en el plan de ordenamiento territorial urbano, donde el aumento de índices constructivos tiene el objetivo de acompañar y estimular las dinámicas urbanas⁶³.

⁶³ En la Ciudad de Buenos Aires, Argentina, se encuentra en tratamiento por la Legislatura de la ciudad, un Proyecto de Ley sobre el instrumento de "Transferencia de Potencial Constructivo" o "FOT Virtual" elaborado y presentado por la Comisión de Patrimonio de la Ciudad. Está destinado a crear una compensación material para el propietario de un edificio que fue catalogado como patrimonial, de tal manera de que esa declaración no redunde en un perjuicio económico para él ni afecte su derecho de propiedad.



El problema más importante a decidir por parte de la autoridades locales es a dónde se traslada ese factor – virtual – de ocupación del suelo⁶⁴ (F.O.T.), porque esta medida positiva podría generar en otro lugar de la ciudad lo que no se quiere generar en el área de preservación patrimonial. En tal sentido, se plantea que el diseño del instrumento tenga una mirada holística y se propone por ejemplo la creación de “precintos de sustentabilidad”, como polígonos homogéneos motivo de protección, donde no es factible utilizar ese potencial constructivo.

4. Área de Protección Histórica (APH). Con el propósito de proteger y poner en valor el patrimonio construido, ambiental y paisajístico del territorio municipal, el Plan Urbano Rosario adopta los siguientes instrumentos que podrán ser aplicados a áreas de particular interés en forma simple o combinada.

Este el instrumento que tiene la Municipalidad de Rosario para aplicar dispositivos de preservación, protección y/o eventual sustitución en aquellos sectores de la ciudad que contienen en su interior situaciones tales como: edificios de valor histórico y/o arquitectónico y condiciones particulares en la edificación, la morfología del conjunto edilicio y la composición o el carácter de los espacios públicos.

Las especificaciones de la intervención en un sector de la ciudad declarado Área de Protección Histórica quedarán establecidas en una normativa particular que contendrá indicaciones referidas a los grados de protección edilicia; a medidas de preservación edilicia y potenciales transformaciones de uso; a indicadores urbanísticos específicos para las parcelas involucradas; a condiciones para el diseño, materiales e instalación de elementos sobre la fachada: (marquesinas y/o salientes de fachada, toldos y elementos publicitarios); a condiciones para la instalación de antenas y/o conducciones aéreas de distinto tipo, incluidos los cableados correspondientes a las empresas prestadoras de servicios telefónicos, de internet y de televisión por cable; y a mecanismos de gestión.

⁶⁴ FOT - Factor de Ocupación Total al coeficiente que multiplicado por la superficie total de la parcela da como resultado la superficie total máxima edificable. Al igual que el FOS, el FOT depende de la zonificación asignada por el municipio para la zona donde se encuentre el terreno. A efectos de determinar la superficie total edificable se computará como tal a la suma de todas las superficies cubiertas en cada planta ubicada por encima del nivel de la cota del predio a más de 1.50 m incluyendo espesores de muro y/o tabiques. No se computaran las superficies bajo cota del predio siempre y cuando no constituyan locales de habitación y/o trabajo. Asimismo no se considerará como superficie cubierta a los efectos del computo, las correspondientes a los cuartos de maquinas, tanques, depósitos o lavaderos ubicados en la azotea, ni tampoco la de planta libre, definiéndose como tal la totalidad de la superficie del edificio, ubicada en cualquier nivel, con dos lados como mínimo abiertos y que no constituyan ningún tipo de local habitable. Los aleros destinados a resguardo de vanos y muros y los balcones se computaran con el 50% de su superficie. Según el municipio el FOT (superficie edificable) puede tener premios que incrementan su valor según el cumplimiento de ciertos requisitos.



5. Convenios Urbanísticos⁶⁵. En materia de protección del patrimonio histórico, arquitectónico y cultural los convenios adquieren suma importancia y se trata de un camino que permite la intervención de propietarios, pero también de terceros en las intervenciones urbanísticas de protección. Consiste en acuerdos celebrados entre las autoridades locales y personas públicas o privadas para la realización de estrategias, objetivos, directrices, planes y proyectos contemplados expresamente en el plan de urbano de la ciudad. Es un instrumento jurídico y de gestión urbana que tiene como objetivo impulsar acciones de nuevas urbanizaciones, de reconversión para impulsar acciones de nueva urbanización, de reforma, de renovación, de rehabilitación y/o sustitución urbana y de protección o preservación del patrimonio cultural urbano. Son verdaderos “acuerdos de voluntades suscritos entre las Administraciones públicas y las personas físicas o jurídicas públicas o privada, titulares de derechos o intereses urbanísticos, afectados de un modo u otro por una determinada actuación urbanística (promotores, propietarios de suelo, Juntas de compensación, y, en su caso, simples vecinos residentes en la zona cuyos derechos, arrendaticios preferentemente o de otra clase, puedan resultar afectados por las operaciones a realizar) en orden al mejor desarrollo de la misma”⁶⁶.
6. Convenios de Esfuerzo Compartido. Son una especie de convenios urbanísticos. Es un instrumento alternativo que permite a las autoridades locales ejecutar obras públicas incorporando para su realización a actores privados: beneficiarios o frentistas, en el proceso de construcción de las mismas. Bajo esta modalidad de intervención urbanística, existen convenios de esfuerzo compartido de preservación. Este instrumento de gestión urbana permite brindar ayuda técnica y económica a los propietarios o terceros interesados (inquilinos) en

⁶⁵ Estos instrumentos de gestión urbana son de carácter contractual, contratos regulados por el derecho administrativo, con efecto principalmente entre las partes, pero también con efecto *erga homnes*, estos es, que producen efectos jurídicos hacia terceras personas ajenas a la celebración del acuerdo, por cuando al ser aprobados por ordenanzas municipales, se convierten en normas jurídicas urbanísticas de carácter general y de cumplimiento obligatorio para toda la comunidad. El límite para la celebración de los convenios urbanísticos está dado por la circunstancia que la autoridad pública no enajene sus potestades urbanísticas y respete: a) el principio de legalidad, en el sentido que el contenido del convenio urbanístico debe estar enunciado en el plan urbano y aprobado por una ordenanza municipal emanada del Consejo Deliberante del Municipio; b) el principio de razonabilidad, es decir que las medidas que se adoptan deben ser proporcionales al fin que persigue el objeto del mismo; c) el principio de eficiencia y eficacia y d) el principio de la buena administración.

⁶⁶ “Los convenios urbanísticos como instrumento legal en el ordenamiento jurídico y su conexión con los sistemas de actuación”; <http://www.mapppinginteractivo.com/planilla> (consulta junio 2009) citado por Silvia Marengo (Consultor 2), en el Informe Final – Componente 5. Estudio 1.EE.289. Plan de Desarrollo Local Bahía Blanca-Argentina. También se los ha identificado como los acuerdos celebrados entre un Municipio con las organizaciones gubernamentales o particulares para la realización de estrategias, objetivos, directrices, planes, proyectos y reglamentaciones. (REESE, Eduardo. **Instrumentos de gestión urbana, fortalecimiento del rol del municipio y desarrollo con equidad**. Curso de Gestión Urbana. Lima. 09-19 de febrero de 2003. p. 18).



rehabilitar inmuebles que forman parte de la identidad arquitectónica de la ciudad, mediante el otorgamiento de un subsidio o estímulo

Cada aplicación de estos instrumentos u otros de gestión urbana requieren de un tratamiento particular. Es necesaria, inexorablemente, una gestión de cada municipio o comuna a la medida de sus necesidades socio, económicas, políticas y culturales.

Ahora bien los municipios y comunas podrán mediante la aplicación de estos instrumentos y otros con fines similares lograr proteger el patrimonio urbano de sus ciudades pero, para que esa protección al patrimonio urbano el ordenamiento jurídico nacional debería consagrar la función cultural de la propiedad, reglamentando la cláusula constitucional protectoria, bajo la prevalencia del interés de la comunidad por sobre el interés de los propietarios o usuarios del bien inmueble declarado de protección patrimonial y mediante un reparto equitativo de las cargas y beneficios⁶⁷ derivados de la aplicación del régimen de patrimonio urbano cultural, con fundamento en el artículo 16 de la Constitución Nacional.

5. A MODO DE DESENLACE REFLEXIVO

La protección jurídica y social del derecho al patrimonio cultural solo es posible a partir de su reconocimiento legal como un derecho fundamental de incidencia colectiva o derecho público subjetivo que confiere legitimidad procesal al ciudadano y a la colectividad para interponer los remedios administrativos o iniciar las acciones judiciales, ya en la instancia nacional, ya en la internacional, en defensa de un bien jurídico natural, universal, inalienable, irrenunciable, indisponible y difuso que debe tener tutela en todos los órdenes nacionales. Desde la perspectiva constitucional, si los derechos clásicos a la vida, a la educación, a la salud, al acceso a la vivienda digna, al trabajo, a la libertad, entre otros, justifican la existencia de políticas públicas en esas materias, también es necesario la consagración del derecho al patrimonio cultural como derecho fundamental para su incorporación dentro de la agenda y la política pública de los Estados. Una eficiente gestión del patrimonio cultural pasa precisamente por reconocer formal y materialmente el derecho humano al patrimonio cultural como un derecho con autonomía, fundamentación y sustantividad propia, en armonía con los otros derechos y bienes protegidos por las constituciones nacionales.

Dentro del proceso de globalización y acorde a las nuevas exigencias del constitucionalismo cultural contemporáneo, el derecho al patrimonio cultural debe incorporarse en todas las legislaciones del mundo. En respuesta a la alarmante depredación de nuestros bienes culturales; la positivización del derecho al patrimonio cultural para

⁶⁷ Aplicación de los instrumentos de gestión de transferencia de derechos de construcción.



conservar nuestra expresión de identidad a favor de las generaciones presentes y futuras, es una legítima aspiración de todos los pueblos.

La Constitución reformada de 1994, consagra el derecho fundamental, público subjetivo o derecho de incidencia colectiva a la preservación del patrimonio cultural, urbano y arquitectónico, tanto en su faz sustantiva (Artículo 41⁶⁸) como procesal (Artículo 43⁶⁹); al reconocerse su existencia se reconoce la legitimación administrativa y judicial para su ejercicio y defensa. Esta estrecha relación entre el patrimonio cultural y el derecho nos indica la necesidad de identificar e interpretar a estos bienes cuyo goce y disfrute es un derecho colectivo y que las autoridades y los particulares tienen el deber de proteger.

Este derecho conforme se expresó precedentemente se ejerce para sí y para otros – para la colectividad – y puede tramitar por acción de amparo, acción declarativa o por cualquier acción de conocimiento que tenga como causa-fuente la protección del mismo.

Los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes de naturaleza colectiva (el patrimonio urbano arquitectónico lo es), pueden ser ejercicios por cualquier afectado (en su concepción más amplia) y la petición debe tener por objeto la tutela del bien colectivo porque éste pertenece a la toda la comunidad, independientemente de que pueda haber en juego derechos subjetivos individuales, la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho.

Nuestro ordenamiento jurídico no cuenta con leyes específicas que regulen el ejercicio del derecho a la preservación del patrimonio urbano, pero esa falta de regulación (lo que constituye una mora del legislador para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido para la protección y preservación del patrimonio arquitectónico) no es obstáculo para su ejercicio y protección.

En este punto, cabe destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ha sostenido que donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido⁷⁰; es decir, que cuando hay una nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental hay una vía judicial para protegerlo, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones, si las consignan, no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías⁷¹.

Por lo demás, la naturaleza de los derechos de incidencia colectiva excede el mero interés de cada individuo afectado y al mismo tiempo pone en evidencia la presencia

⁶⁸ Ver Nota 6.

⁶⁹ Ver Nota 20.

⁷⁰ Este principio rector de la jurisprudencia argentina dio nacimiento a la acción de amparo.

⁷¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina – Fallos 211:1056 y 215:357.



de un fuerte interés social y estatal para su protección, entendido este último, como el de la sociedad toda en su conjunto.

En tal sentido los artículos 41⁷² y 43⁷³, párrafo segundo de la Constitución Nacional brindan la pauta de la línea expuesta en este trabajo. Y tal vez haya que hablar de la existencia de una teórica aptitud de todos los habitantes para exigir la protección administrativa y judicial y, de todos para ser demandados e incluso obligados a recomponer el daño causado, sin hacer mención a la titularidad específica que es consecuencia de la división clásica entre derechos subjetivos e intereses legítimos; exigencia, a mi criterio superada por las concepciones contemporáneas y que atenta flagrantemente contra el contenido de los artículos 33⁷⁴ y 43⁷⁵ de la Constitución de la Nación Argentina.

Es tiempo, a los fines de una efectiva vigencia del derecho fundamental al patrimonio urbano arquitectónico, dar paso a una nueva modalidad de legitimación desvinculada de la posición jurídica sustantiva sustancial y tradicional.

Por ello, cierro este ensayo de justificación de la constitucionalización del derecho al patrimonio urbano con las reflexiones de Patrice Meyer – Bisch⁷⁶, que expresa, “es imposible en derechos del hombre estar satisfechos con la noción de derechos-programas (objetivos a atender en la medida de los recursos disponibles y en ningún caso normas de aplicación inmediata), consagrados, por así decirlo, por la impotencia de nuestros sistemas jurídicos y políticos, que consagra además la perpetuación de la pobreza y de la injusticia. Nosotros no podemos tolerar que hoy día el analfabetismo continúe desarrollándose, que la identidad de pueblos enteros sea sistemáticamente destruida de forma violenta, o masivamente ignorada por una “desculturación de masa”, que los patrimonios culturales sean sistemáticamente destruíos o simplemente derrotados impidiendo a las generaciones futuras poseer los medios de referencia de sus valores culturales esenciales para el ejercicio de sus libertades”.

6. REFERENCIAS

BALBIN, Carlos F. **Tratado de Derecho Administrativo**. Tomo III. Buenos Aires: Editorial La Ley, 2010.

BRAVO, Carlos López. **El patrimonio cultural en el sistema de derechos fundamentales**. Sevilla: Editorial Universidad de Sevilla Secretariado de Publicaciones, 1999.

⁷² Ver Nota 6.

⁷³ Ver Nota 20.

⁷⁴ Ver Nota 15.

⁷⁵ Vert Nota 20.

⁷⁶ Citado por BRAVO, Carlos López. **El patrimonio cultural en el sistema de derechos fundamentales**. Sevilla: Editorial Universidad de Sevilla Secretariado de Publicaciones, 1999. p. 144.



FROSINI, Vittorio. Los derechos humanos en la era tecnológica. In: **Derechos humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio**. Madrid: Editorial Marial Pons- Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996.

GARCIA DE ENTERRRÍA, Eduardo; RAMON FERNÁNDEZ, Tomás. **Curso de Derecho Administrativo** Tomo II con Notas de Agustín Gordillo. 1 ed. argentina. Buenos Aires: Editorial Thompson - Civitas y La Ley, 2006.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. Tomo 2: La Defensa del Usuario y del Administrado, 3 ed., Buenos Aires: Editorial Fundación de Derecho Administrativo, 1998.

HUTCHINSON, Tomás. **Derecho Procesal Administrativo**. Tomo II. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2009.

LUQUI, Roberto Enrique. **Revisión judicial de la actividad administrativa**. Tomo I - Juicios contenciosos administrativos. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2005.

MARITAIN, J. Acerca de la filosofía de los derechos del hombre, Los derechos del hombre. In: UNESCO, **Estudios y comentarios en torno a la nueva Declaración universal**. México: Fondo de Cultura Económica México, B.A. 1942.

NINO, Carlos Santiago. **Fundamentos de Derecho Constitucional**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992.

QUIROGA LAVIE, Humberto; BENEDETTI, Miguel Ángel; CENICACELAYA, María de las Nieves. **Derecho Constitucional Argentino**. Tomo I, 2 ed., atual. Buenos Aires: Runbital Culzoni, 2009.

REESE, Eduardo. **Instrumentos de gestión urbana, fortalecimiento del rol del municipio y desarrollo con equidad**. Curso de Gestión Urbana. Lima, 09-19 de febrero de 2003.

RIZZI, Fernando. Hacia una consagración constitucional de la preservación del patrimonio histórico, cultural, arquitectónico y urbanístico como derecho de los bonaerenses! **El Derecho**, Tucumán, Tomo 157, 1994.

SAGÚÉS, Néstor Pedro. **Elementos de derecho constitucional**. Tomo 2, Bueno Aires: Editorial Astrea, 1993.

TALLER, Adriana. **La Gestión del patrimonio arquitectónico local**: problemáticas y desafíos. Ponencia presentada en el III Congreso de la Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo, A Coruña, España, 2013.

TARDELLI, Fernanda. **Legislación constitucional que falta: la ley de presupuestos mínimos de preservación del patrimonio cultural**. Ponencia presentada en las Jornadas sobre el patrimonio urbano y arquitectónico', Eje temático: La legislación vigente. San Miguel de Tucumán, 19 y 20 de mayo de 2011.